

L'uso indebito del telefono d'ufficio: peculato comune o peculato d'uso. Considerazioni giurisprudenziali

Autore: Marilda Immacolata Croce

In: Diritto penale

Commento a sentenza

SOMMARIO:

1.

La massima

2.

La questione sottoposta alle Sezioni Unite

3.

La disciplina normativa e le considerazioni della giurisprudenza

La massima

La Cassazione penale a Sezioni Unite, mediante **sentenza n. 19054 del 20 dicembre 2012** (depositata il 2 maggio 2013), afferma in tema di peculato d'uso che, affinché possa configurarsi un uso indebito del telefono in dotazione dell'ufficio, integrante la fattispecie di reato di cui si discorre, occorre che il soggetto agente produca un danno apprezzabile al patrimonio della pubblica amministrazione ovvero una lesione concreta alla funzionalità dell'ufficio: un uso indebito non significativo in termini economici o funzionali non integra la condotta di cui all'art. 314, comma 2, cod. pen.

1.

La questione sottoposta alle Sezioni Unite

La Suprema Corte di cassazione a Sezioni Unite viene adita circa la configurabilità del delitto di peculato nell'ipotesi in cui un soggetto qualificato, in particolare ambasciatore e capo della Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione Europea, effettui telefonate, dall'apparecchio mobile fornito per ragioni d'ufficio, di natura privata e per importi consistenti.

In prima battuta, il Tribunale di Roma aveva condannato l'imputato per il delitto di peculato di cui al

primo comma dell'art. 314 cod. pen.

La Corte d'appello confermava la responsabilità in ordine al delitto di peculato ordinario sulla scorta di pregressa giurisprudenza di legittimità, secondo la quale "nella condotta di indebito utilizzo del telefono d'ufficio, da parte del pubblico funzionario, assume rilievo agli effetti penali l'appropriazione delle energie costituite dagli impulsi elettrici, necessari per realizzare la comunicazione, entrate a far parte del patrimonio dell'amministrazione".

La Corte riprende la direttiva n. 3 del 2001, c.d. direttiva Frattini, atta alla formazione e valorizzazione del personale delle pubbliche amministrazioni, la quale consentiva un uso privato dell'utenza telefonica intestata alla pubblica amministrazione solo in presenza di un contratto c.d. dual billing ossia un contratto che permettesse la fatturazione differenziata per le telefonate private; in mancanza di suddetto contratto, come successivamente chiarito da interventi ministeriali, il pubblico funzionario poteva comunque effettuare telefonate di natura personale senza vincoli di spesa o temporali salvo l'obbligo di rimborso: circostanza comunque non realizzatasi nel caso di specie.

Avverso la sentenza di appello è proposto ricorso per cassazione incentrato sul concetto di impulsi elettromagnetici; la difesa sostiene di non poter ricomprendere questi nella nozione di "altra cosa mobile altrui" suscettibile di appropriazione, prevista quale oggetto del reato di peculato in alternativa al denaro. Viene sostenuto che tali impulsi, non costituendo entità materiale, non potevano trovarsi nel possesso o nella disponibilità dell'agente pertanto verrebbe meno un presupposto della condotta di peculato.

La sesta Sezione penale, assegnataria del ricorso, con ordinanza n. 36760 del 18 luglio - 24 settembre del 2012, rimette quest'ultimo alle Sezioni Unite sottoponendo loro la questione "se l'utilizzo per fini personali di utenza telefonica assegnata per ragioni di ufficio integri o meno l'appropriazione richiesta per la configurazione del delitto di peculato ex art. 314, comma primo, cod. pen. ovvero una condotta distruttiva o fraudolenta rispettivamente inquadrabile nel delitto di abuso di ufficio o in quello di truffa aggravata a danno dello Stato".

1.

La disciplina normativa e le considerazioni della giurisprudenza

La Corte di cassazione, al fine di dirimere la questione interpretativa, ripercorre gli elementi del delitto di peculato comune, di quello d'uso riportando, altresì, gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali in materia.

Il Titolo II del Libro II del codice penale è dedicato ai delitti contro la pubblica amministrazione; in particolare nel Capo I assumono rilievo i delitti commessi dai pubblici ufficiali a danno della pubblica amministrazione mentre nel Capo II sono disciplinati i delitti commessi da soggetti privati contro la pubblica amministrazione.

Da tale premessa possiamo tracciare le coordinate del delitto di peculato: esso è cristallizzato all'art. 314 del c.p. e costituisce la prima norma del suddetto Capo I; quindi ci troviamo nell'alveo di quella categoria di reati c.d. propri per i quali la qualifica soggettiva del soggetto agente è elemento costitutivo del reato: commette peculato, ovvero peculato d'uso, solo il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio.

Occorre evidenziare che per quanto concerne il concetto di pubblico ufficiale la nuova formulazione dell'art. 357 c.p., la quale ha posto fine ai contrasti interpretativi generati dalla originaria formulazione, stabilisce che: "agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica

funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa. Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi”.

In senso negativo, rispetto alla nozione di pubblico ufficiale, si identifica la qualifica di persona incaricata di un pubblico servizio ex art. 358 c.p. la quale difetta dei tipici poteri che connotano coloro i quali esercitano la funzione pubblica.

Individuato il soggetto attivo del reato di peculato, giova esaminare quanto previsto dall’art. 314 c.p.; la norma disciplina, rispettivamente al primo ed al secondo comma, due ipotesi delittuose ossia il peculato ordinario, ovvero comune, e il peculato d’uso.

Seppur il bene giuridico, il soggetto attivo e quello passivo siano gli stessi nelle due fattispecie delittuose, si ritiene, quanto alla natura giuridica, che il peculato d’uso sia figura delittuosa del tutto autonoma, in senso strutturale, rispetto al reato base ex comma primo lì dove l’elemento specializzante viene individuato nel dolo specifico ossia nello scopo di “far uso momentaneo della cosa” e che questa dopo l’uso temporaneo “è stata immediatamente restituita”.

Prima di scendere più nel dettaglio quanto agli elementi che distinguono le due fattispecie, appare utile analizzare gli elementi in comune delle due tipologie di reato.

In primis deve farsi riferimento al bene giuridico tutelato; poiché è stato ritenuto, da dottrina prevalente, che ad essere lesi non siano solo il buon andamento e l’imparzialità della pubblica amministrazione ma altresì gli interessi patrimoniali di quest’ultima (e dei privati a partire dalla l. n. 86 del 26 aprile 1990) si ritiene che la fattispecie di cui si discorre costituisca un esempio di reato plurioffensivo.

Quanto al soggetto attivo, pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, si rinvia a quanto precedentemente affermato, mentre in riferimento al soggetto passivo si rammenta che può essere tanto la pubblica amministrazione quanto un soggetto terzo a seconda dell'appartenenza della cosa oggetto di appropriazione. Infine, per quanto attiene ai profili strettamente processuali, è competente a giudicare in ordine al delitto di peculato il Tribunale in composizione collegiale.

Detto ciò, è possibile esaminare la condotta; affinché la fattispecie astratta, di cui al primo comma, possa dirsi concretamente realizzata occorre l'appropriazione di denaro o di altra cosa mobile altrui - intesa come ogni entità oggettiva materiale non qualificabile come persona e idonea ad essere trasportata da un luogo ad un altro secondo la sua funzione sociale - di cui se ne ha il possesso ovvero la disponibilità in ragione dell'ufficio ricoperto o del servizio erogato.

Si sottolinea che la nozione di possesso, nel delitto di peculato, deve essere intesa in senso più ampio rispetto alla nozione civilistica ex art. 1140 c.c. quindi atta a ricomprendere sia il c.d. possesso mediato, ossia il potere di disporre del bene materialmente detenuto da altri, sia il c.d. possesso immediato, inteso come disponibilità materiale della res (comprensivo della mera detenzione, uso o custodia) attribuite al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio in ragione dell'ufficio o del servizio.

A conclusione della disamina del peculato ordinario resta da riferirsi in ordine: all'elemento soggettivo, pacificamente considerato delitto a dolo generico; al momento consumativo il quale, essendo il peculato reato istantaneo, si perfeziona con l'appropriazione a nulla rilevando, in questo caso, l'avvenuta restituzione della cosa; infine alla pena prevista ossia la reclusione da tre ad anni dieci.

Colti gli elementi costitutivi del delitto di peculato, è possibile analizzare la figura delittuosa posta al secondo comma dell'art. 314 c.p. ossia il peculato d'uso introdotto nel tessuto normativo del codice penale a seguito della summenzionata legge di riforma del 1990.

Il quantum di pena inferiore, rispetto al primo comma, ossia da sei mesi a tre anni, è giustificato dall'uso momentaneo della cosa da parte del soggetto agente il quale provvede immediatamente dopo a restituirla; un uso prolungato ricadrebbe sotto il peculato ordinario. Il concetto di uso momentaneo non è da intendersi nell'accezione di istantaneità bensì di temporaneità, quindi l'uso dovrà protrarsi per un tempo limitato atto a comportare la sottrazione della res dalla sua destinazione funzionale ma non anche una seria compromissione della funzionalità della pubblica amministrazione.

Si ritiene opportuno sottolineare la differenza tra la condotta di espropriazione - impropria azione nel peculato comune e la condotta di appropriazione - restituzione nel peculato d'uso.

La condotta di appropriazione nel peculato comune è pacificamente intesa quale comportamento *uti dominus* dell'agente nei confronti della cosa, così da realizzare l'*interversio possessionis* e l'interruzione della relazione funzionale tra il bene e il suo legittimo proprietario; in essa si considerano indefettibili due momenti: quello dell'espropriazione del proprietario dal rapporto con la cosa e quello dell'impropriazione ossia la creazione di una signoria di fatto tra il soggetto attivo del delitto *de quo* e la cosa stessa.

Mediante la *interversio possessionis*, il soggetto inizia a trattare il denaro ovvero la cosa mobile come fossero suoi compiendo su di essi uno o più atti di disposizione ovvero comportamenti materiali o atti negoziali sintomatici di una signoria che non gli compete e che indebitamente si attribuisce.

Nel peculato d'uso viene delineata una condotta intrinsecamente diversa, rispetto a quella del primo comma, in quanto l'uso momentaneo della cosa, al quale fa seguito la sua immediata restituzione, non integra un'autentica appropriazione che, invece, potrebbe realizzarsi solo con la definitiva soppressione della destinazione originaria della cosa.

La nozione di restituzione viene intesa in modo rigoroso da parte dei giudici di legittimità per i quali tra la cessazione dell'uso momentaneo e la restituzione deve intercorrere un tempo minimo per la restituzione

stessa; non è possibile fissare un criterio cronologico ma si ritiene necessario e sufficiente che il soggetto agente, dopo l'uso della res, non compia altre attività che non siano finalizzate alla restituzione.

Resta fermo che, come recente giurisprudenza ha precisato (Cfr. Cass. pen., n. 7177 del 2011), l'utilizzo momentaneo della cosa deve pregiudicare in modo apprezzabile i beni giuridici protetti, quindi una condotta che leda la funzionalità dell'ufficio e causi un danno patrimoniale apprezzabile, diversamente non può considerarsi integrato il reato di peculato d'uso per difetto di concreta offensività.

Ispirato al brocardo "nullum crimen sine iniura", per il quale non è concepibile un reato senza offesa, il principio di offensività subordina la sanzione penale all'offesa di un bene giuridico; in particolare esso opera su due piani: quello della previsione normativa, sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo (offensività c.d. in astratto); quello dell'applicazione giurisprudenziale, quale criterio interpretativo - applicativo affidato al giudice investito del potere di accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso ovvero messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato (offensività c.d. in concreto).

La verifica della concreta offesa al bene protetto ha assunto particolare rilievo proprio a riguardo dei reati plurioffensivi come il peculato; al riguardo si è esclusa la configurabilità del delitto, allorquando, in virtù dell'esiguo valore della cosa oggetto di appropriazione da parte del soggetto agente, non sia stato arrecato un danno patrimoniale apprezzabile, non ritenendosi determinante, ai fini del necessario raggiungimento della soglia di offensività, il profilo relativo alla violazione del dovere di fedele e onesta amministrazione.

Proprio l'orientamento giurisprudenziale appena riportato viene ripreso e confermato nella sentenza emessa dal Supremo Consesso del collegio penale nella sentenza n. 19054 del 2012; nel caso di specie, come già esposto, si è trattato di stabilire la sorte del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio nel momento in cui realizza un uso indebito dell'utenza telefonica.

Il Supremo Consesso compie un excursus temporale delle soluzioni giurisprudenziali fornite in questioni simili a quella in oggetto di disamina; mentre un primo e più remoto orientamento ravvisava peculato d'uso - giustificata dal fatto che la condotta realizzata non consiste in un'appropriazione degli impulsi elettromagnetici (gli "scatti"), ma in un'interversione momentanea del possesso seguita dalla restituzione immediata dell'apparecchio - altro e più recente orientamento ravvisa gli estremi del peculato comune. Secondo quest'ultimo orientamento, recente e prevalente, l'uso del telefono si connoterebbe non nella fruizione dell'apparecchio telefonico in quanto tale, ma nell'utilizzazione dell'utenza telefonica, cosicché l'oggetto della condotta appropriativa sarebbe rappresentato non dall'apparecchio nella sua fisicità materiale bensì dall'energia occorrente per le conversazioni, la quale, essendo dotata di valore economico, ben può costituire l'oggetto materiale del delitto di peculato, in virtù della sua equiparazione ope legis alla cosa mobile.

L'orientamento da ultimo illustrato precisa, peraltro, che il delitto ex art. 314 comma 1, si configura in quanto possa riconoscersi un apprezzabile valore economico agli impulsi utilizzati per ogni singola telefonata - ovvero anche per l'insieme di più telefonate - quando queste siano così ravvicinate nel tempo da poter essere considerate come un'unica condotta.

L'apprezzabile valore economico è stato oggetto della giurisprudenza anche nei casi in cui il dipendente utilizzasse il computer dell'ufficio al fine di "navigare" su siti non prettamente istituzionali; in simili circostanze viene compiuta un'ulteriore distinzione relativa al tipo di convenzione che lega l'ente al gestore del servizio internet: nei casi di tariffa c.d. flat, non rilevando il numero e la durata delle connessioni internet, non può rilevarsi un danno patrimoniale all'ente che, per contro, sussisterebbe qualora l'ente pagasse in funzione della durata delle singole connessioni. Distinzione che viene ripresa anche in tema di tariffe telefoniche, in particolare la tariffa c.d. a consumo cagiona, di volta in volta, un aumento del danno patrimoniale (ogni telefonata non legata all'ufficio ricoperto dal dipendente determina un indebito accrescimento di quanto dovuto al gestore della compagnia telefonica), mentre la tariffa c.d. forfettaria (ovvero tutto incluso) non importa alcun danno visto che l'amministrazione versa sempre lo stesso predeterminato importo a prescindere dal traffico telefonico realizzato.

Come si evince dall'ordinanza di rimessione, le sezioni semplici ipotizzano che l'uso indebito potesse

essere ricondotto ad altre figure delittuose quali l'abuso di ufficio e la truffa aggravata; la suprema Corte esclude il delitto ex art. 323 cod. pen. in ragione dell'impossibilità di configurare, in tale comportamento, una "violazione di norme di legge o di regolamento", requisito essenziale dell'abuso di ufficio. Sebbene il codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni - d.m. 28 novembre 2000 - all'art. 10, comma 3, vieti l'uso del cellulare e degli altri beni strumentali per fini privati, esso non è stato emanato nelle forme previste per i regolamenti governativi dall'art. 17, L. 23 agosto 1988, n. 400, dunque non può rientrare tra le "fonti normative" previste dall'art. 323 cod. pen.

E' esclusa, altresì, la riconducibilità del fenomeno all'ipotesi di truffa aggravata. La ratio dell'esclusione risiede nella circostanza che nella truffa l'ingiusto profitto è frutto dell'induzione in errore; quando il pubblico agente adopera per fini privati il telefono a lui assegnato per ragioni d'ufficio, la realizzazione di un indebito vantaggio è immediata ed indipendente dall'induzione in errore di alcuno. L'elemento distintivo tra peculato e truffa aggravata viene individuato con riferimento alle modalità del possesso della res altrui costituente oggetto di appropriazione: nel peculato l'agente si appropria del denaro o della cosa mobile di cui ne ha già il possesso per ragione del suo ufficio o servizio; nella truffa aggravata, invece, il pubblico ufficiale, o l'incaricato di pubblico servizio, non avendone il possesso, si procura il bene in modo fraudolento, attraverso artifici o raggiri.

Per completezza espositiva va riferito che la dottrina talvolta ha mostrato di aderire ai ragionamenti dei giudici di legittimità, talvolta sono stata partorite originali impostazioni dogmatiche; a titolo esemplificativo si riporta quella dottrina secondo la quale l'uso indebito del telefono pubblico non ha ad oggetto l'impulso elettrico, che consente la trasmissione della voce e non realizza alcuna appropriazione di energia, bensì investe propriamente un "diritto di utenza", rientrante nel novero dei beni immateriali e, pertanto, insuscettibile di apprensione: con la consegna e la concessione della facoltà di utilizzo di un apparato telefonico si trasferisce ad un soggetto il diritto di usufruire del servizio telefonico.

Da tale ricostruzione ne consegue che il soggetto che si avvale in modo improprio del telefono in dotazione dell'ufficio e che si limita a disporre abusivamente di un diritto a lui concesso, oltre a non realizzare alcuna appropriazione di energia, non si appropria neppure, agli effetti del secondo comma dell'art.314 cod. pen., del mezzo fisico del telefono in quanto non ne sottrae la disponibilità alla pubblica

amministrazione e ciò anche se l'uso indebito avvenga con assiduità e in via continuativa. Conclude la dottrina affermando che affinché si possa raggiungere la soglia della sanzionabilità penale, l'uso indebito del telefono dovrebbe assumere modalità ed intensità tali da sottrarlo concretamente e stabilmente alla disponibilità della pubblica amministrazione; in tale circostanza si realizzerebbe l'effetto appropriativo descritto dal comma primo dell'art. 314, cod. pen.

Tenendo presente quanto già esposto circa le fattispecie di peculato comune e peculato d'uso, nonché tenendo presenti le due suddette tesi, è possibile riportare la soluzione interpretativa adottata dalla Suprema Corte; invero, non si tratta di una soluzione innovativa bensì di un ritorno a quello che è stato l'iniziale orientamento che configurava il peculato d'uso nei casi in cui vi è utilizzo dell'utenza telefonica assegnata al pubblico ufficiale, ovvero all'incaricato di pubblico servizio, per ragioni d'ufficio.

La giurisprudenza sostiene che la condotta del pubblico agente distoglie il bene fisico (l'apparato telefonico) dalla sua destinazione pubblicistica piegandolo a fini personali, per il tempo del relativo uso, per poi essere restituito alla destinazione originaria nel momento in cui l'uso personale cessa.

Irrilevante è la circostanza che il bene non fuoriesca materialmente dalla sfera di disponibilità della pubblica amministrazione mentre rileva l'offensività del fatto che, nel caso di peculato d'uso, si realizza con la produzione di un danno apprezzabile al patrimonio dell'amministrazione o di terzi, data la plurioffensività alternativa del delitto de quo, ovvero con una concreta lesione della funzionalità dell'ufficio: eventualità, quest'ultima, che potrà, ad esempio, assumere autonomo determinante rilievo nelle situazioni regolate dal contratto c.d. tutto incluso.

Infine il valore economico si considera "apprezzabile" anche quando le telefonate sono effettuate in un lasso di tempo talmente breve da poter costituire un'unica condotta.

Ne consegue che l'uso dell'apparecchio telefonico economicamente e funzionalmente insignificante non

può avere rilevanza dal punto di vista penale.

Alla luce di quanto affermato la Corte enuclea il seguente principio di diritto:

“La condotta del pubblico agente che, utilizzando illegittimamente per fini personali il telefono assegnatogli per ragioni d’ufficio, produce un apprezzabile danno al patrimonio della pubblica amministrazione o di terzi o una concreta lesione alla funzionalità dell’ufficio, è suscettibile nel delitto di peculato d’uso di cui all’art. 314, comma secondo, cod. pen.”

Esaminato il fatto ascritto all’ambasciatore e capo della Rappresentanza permanente d’Italia presso l’Unione Europea, la Corte lo ritiene suscettibile nella fattispecie del peculato d’uso ex art. 314, comma 2, cod. pen., ma, considerata l’epoca della sua commissione, lo dichiara estinto per il decorso del termine massimo di prescrizione.

dott.ssa Marilda Immacolata Croce

(praticante avvocato penalista)

<https://www.diritto.it/l-uso-indebito-del-telefono-d-ufficio-peculato-comune-o-peculato-d-uso-considerazioni-giurisprudenziali/>